Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XIX.

Ueber das Separationsrecht ex jure crediti bei Concurſen.

Von Herrn Oberappellationsrath Spangenberg zu Celle.

Bekanntermaßen ſind die Separationen von ſehr wichtigem Einfluſſe auf den Concurs. Man unterſcheidet zwei Gattungen derſelben, die Separationen *ex jure dominii*, und die Separationen *ex jure crediti*.

Die zur Separation der erſten Art Berechtigten verfolgen ein wahres Eigenthum an den Gütern des Gemeinſchuldners, wogegen die zur Separation der letztern Art Befugten, kein Eigenthum ſondern nur die Abſonderung einzelner Vermögenstheile des Schuldners und eine abgeſonderte Befriedigung aus derſelben, verlangen.

Deshalb werden die erſtern Vindicanten (der allein zweckmäßige Ausdruck) oder Separatiſten *ex jure dominii* (ein unpaſſender Ausdruck, der ſehr häufig zu Mißverſtändniſſen und Verwechſelungen geführt hat), die letztern Separatiſten *ex jure crediti* genannt [1]).

Ueber den Umfang und die Ausdehnung der Separationsberechtigung *ex jure crediti* (denn die ſogenannten Separationen ex jure dominii zu berühren, liegt außer dem Zwecke dieſer Abhandlung) ſind die Rechtslehrer nicht

1) Schweppe Syſtem des Concurſes der Gläubiger (Ausg. II.) §. 147. hat ſich vorzugsweiſe das Verdienſt erworben, den Begriff jener Separationen ſchärfer, wie vorher, aufgefaßt und dargeſtellt zu haben.

einig, indem einige [2]) derselben jene Separationsberechtigung bloß auf die in dem römischen Rechte namentlich ausgehobenen Fälle beschränken, andere dagegen sie auch denjenigen Gläubigern einräumen, denen jener Vermögenstheil bereits früher rechtmäßig verpfändet war, bevor derselbe von dem Gemeinschuldner titulo singulari erworben wurde [3]); eine Ansicht, die auch von sehr geachteten Gerichtshöfen befolgt worden ist [4]).

Die Bestärkung der erstern, und die Bestreitung der letztern Ansicht soll durch die folgende Erörterung versucht werden.

Das römische Recht kennt nur folgende Fälle der Separation ex jure crediti:

1) nach dem prätorischen Edicte, den Hauptfall der Separation, welchen die Römer, wenn sie genau reden, allein mit diesem Namen bezeichnen, das *beneficium separationis*, mittelst dessen die Erbschaftsgläubiger, selbst die chirographischen nicht ausgenommen, eine Ausscheidung des Vermögens des Erblassers von dem Vermögen des Erben, und zwar innerhalb fünf Jahren, von dem Augenblick der Erbschaftsantretung an gerechnet, gerichtlich nachsuchen können [5]).

---

2) S. B. Thibaut Pandektenrecht. §. 655. Schweppe a. a. O. §. 148. vorzüglich aber §. 69. Hoch Magazin für den Concurs Heft II. Nro. 5. Rieper in v. Duve Zeitschrift für Gesetzgebung u. s. w. Heft II. S. 45. fgg.

3) *Alb. Phil. Frick* de debitoris mortui creditoribus ad separationis beneficium admittendis. Helmstad. 1783. 4. Gmelin von der Rangordnung der Gläubiger. Cap. I. §. 3. Hagemann pract. Erörterungen. Th. VI. No. 39. v. Schirach Beitr. zur Anwendung des Rechts. Nro. 4.

4) Hagemann a. a. O. v. Ramdohr juristische Erfahrungen. Th. I. S. 230.

5) Titul. Dig. XLII. 6. *de separationib.*

2) als Erfindung der römiſchen Rechtsgelehrten, diejenigen Fälle, bei welchen ſich die Abſonderung auf bloße Theile eines und deſſelben Vermögens bezieht, und welche von den Neuern unter dem Namen der Quaſiſeparation begriffen werden.

Als ſolche werden im römiſchen Rechte bezeichnet:

a. daß bei der Actio tributoria aus Handlungsgeſchäften der Sclaven gegen den Herrn, zwei verſchiedene Handlungscomtoirs des Sclaven für die beſondern Gläubiger eines jeden Comtoirs ſeparirt werden ſollen [6]; ein Grundſatz der durch die Praxis auf alle Arten von Handelsleute, inſofern Gläubiger in Bezug auf die Handlung creditirt haben, oder deren Waaren in die Handlung inferirt ſind, ausgedehnt worden iſt [7].

b. Können alle diejenigen, welche einem Hauskinde in Rückſicht des peculii militaris creditirten, wozu ohne weiteres alle Gläubiger nach Erwerbung des peculii im Verhältniß zu den frühern gehören, das Peculium zum Zweck einer abgeſonderten Befriedigung vor den übrigen Gläubigern, und ſelbſt vor denjenigen, in Bezug auf das Peculium, welche zugleich eine Klage gegen den Vater haben, zum Voraus verlangen [8].

Ueber andere Separationsfälle ſchweigt dagegen das römiſche Recht vollkommen [9].

---

6) Fr. 5. §. 15. 16. D. XIV. 4. *de tribut. act.*

7) Schweppe a. a. O. §. 148.

8) Fr. 1. §. 9. D. XLII. 6. *de separat.*

9) Die Gegner ſetzen dieſen Separatiſten auch denjenigen gleich, welcher ſich an einer auf Credit verkauften Sache ein Pfandrecht vorbehalten hat. Allein man kann einem ſolchen, als Anleiher, bloß ein conventionelles privilegirtes Pfandrecht geſtatten, und dieſes auch dann wohl nur, wenn die Sache ein Schiff oder

Unterſucht man daher, auf welchen Grund ſich die obengedachte Annahme:

> daß auch denjenigen, welchen der in Anſpruch genommene Vermögenstheil rechtmäßig verpfändet war, bevor er von dem Gemeinſchuldner *titulo singulari* erworben worden iſt, ein *jus separationis ex jure crediti* zuſtehe?

ſtützen ſoll, ſo ergiebt es ſich:

I. augenſcheinlich, daß jene Anſicht aus der Analogie in Bezug auf die eben ausgehobenen Fälle, nicht geſchöpft werden kann; denn was:

a. das den Erbſchaftsgläubigern gegebene beneficium separationis anbetrifft, ſo iſt dieſes ein wahres beneficium legis, welches nur dann in Wirkſamkeit tritt, wenn um daſſelbe binnen der vorgeſchriebenen Friſt nachgeſucht wird, und alſo ſchon in ſofern keiner Ausdehnung auf andere Rechtsverhältniſſe fähig. Ferner ſchließt aber auch der Zweck, weshalb es gegeben wurde, jede Ausdehnung oder analoge Anwendung auf den in Frage befangenen Fall aus. Trat ein verſchuldeter Erbe die ihm titulo universali deferirte Erbſchaft an, ſo entſtand hierdurch eine Vermiſchung des Vermögens des Erblaſſers mit dem ſeinigen, und hierdurch wurden die Gläubiger des Erblaſſers, namentlich die Legatarien deſſelben ſehr gefährdet, indem die Gläubiger des Erben gleichen Anſpruch auf Befriedigung aus dem ſolchergeſtalt vermiſchten Vermögen erhielten. Dieſes zu verhindern, war der Zweck jenes beneficii, und da er zunächſt durch die, mittelſt der Succeſſion ex titulo universali entſtehende Vermögensvermiſchung motivirt wurde, durch

---

ein Grundſtück iſt. Thibaut Pandekten. §. 655. Schweppe a. a. O. §. 147.

die Erwerbung ex titulo singulari aber eine ſolche Vermögensvermiſchung nicht eintritt, ſo folgt hieraus gleichfalls, die Unſtatthaftigkeit einer analogiſchen Anwendung jener Separationsberechtigung auf Erwerbungen des Gemeinſchuldners, die ihm titulo singulari zugekommen ſind.

b. Was dagegen die bei der actio tributoria eintretende Separationsbefugniß anlangt, ſo ſind es gerade die bei dieſer Klage eintretenden eigenthümlichen Rechtsverhältniſſe, welche ſich jeder analogen Anwendbarkeit dieſer Separationsbefugniß auf andere, als jene Rechtsverhältniſſe widerſetzen. Das Eigenthümliche der Klage liegt nämlich darin, daß ſie nicht gegen den eigentlichen Contrahenten, ſondern gegen deſſen Herrn angeſtellt werden konnte, und auf eine durch ihn vorzunehmende Theilung, bei welcher er gleichfalls ſeine eigenen Forderungen geltend machen konnte, gerichtet wurde. Um nun zu verhüten, daß er bei derſelben die Gläubiger verſchiedener Handelscomtoire verkürze, ward den Gläubigern jedes Comtoirs, eine ſolche Separationsbefugniß gegeben, und, wenn gleich die Praxis dieſe ungebührlich weit ausgedehnt hat, ſo läßt ſich doch wenigſtens das nicht verkennen, daß die Separationsbefugniß, welche den Gläubigern verſchiedener einzelnen, und für ſich arbeitenden, Handlungscomtoire, ſollten ſie auch keinen Theil haben, hat zugeſtanden werden wollen, auf die Pfandgläubiger eines einzelnen, titulo singulari erworbenen Vermögenstheils, nicht angewendet werden kann.

c. Klar iſt es endlich, daß die den Gläubigern, welche einem Hauskinde, welches Soldat geworden war, in Bezug auf das peculium militare creditirt hatten, gegebene Separationsbefugniß, gleichfalls keiner analogen Ausdehnung fähig iſt, weil in derſelben eine Art Privilegium in Hinſicht auf den bei den Römern ſo ſehr bevorzugten Soldatenſtand, und auf die Ermunterung

zur Ergreifung und Beförderung dieſer Ergreifung, gegeben worden iſt.

II. Die Unſtatthaftigkeit einer analogiſchen Anwendung jener in dem römiſchen Rechte beſtimmten Separationsfälle, auf die Verhältniſſe früherer Pfandgläubiger an dem, von dem Gemeinſchuldner ſpäter, titulo singulari erworbenen Vermögenstheile, ſcheinen auch die Vertheidiger der Separationsbefugniſſe derſelben, wohl gefühlt zu haben, indem ſie ſich keinesweges auf eine ſolche analog. Anwendung beziehen, vielmehr ſelbſt einräumen müſſen, daß dieſes den Gläubigern der letztern Art zuſtändige Separationsrecht auf kein ihrer Hypothek beigelegtes Privilegium, auf keine beſondere Rechtswohlthat, und namentlich nicht auf die den Erbſchaftsgläubigern vergönnte Rechtswohlthat der Separation ſich gründe. Dagegen behaupten ſie, daß es ſich lediglich auf den einfachen Rechtsſatz: daß Niemand mehr Rechte auf einen Andern transferiren kann, als er ſelbſt hat, und daß mithin jede Sache nur mit ihren Laſten und Beſchwerden auf den neuen Beſitzer übergeht, ſtütze; ſie machen dabei bemerklich: ſein eigenes, aber kein fremdes Gut ſey der Gemeinſchuldner ſeinen Gläubigern abzutreten befugt, und es würde in der That ſowohl gegen die natürliche Billigkeit, als gegen die poſitiven Geſetze anſtoßen, wenn die letztern aus eines dritten Vermögen ihre Befriedigung erhalten ſollten; und ziehen endlich aus dieſer Ausführung, den Schluß, daß die Gläubiger, deren Forderungen bereits auf ein Gut unterpfändlich, ſey es durch eine öffentliche oder Privathypothek, rechtsverbindlich radicirt geweſen, ehe es an den Gemeinſchuldner titulo singulari gekommen ſey, oder die es absque novatione et sub priori pignoris nexu, in deſſen Hände hätten übergehen laſſen, allen ſeinen Creditoren, ſelbſt den privilegirteſten, vorgehen müßten.

Indeſſen liegt in dieſer Ausführung ſchon darin ein Miß-

griff, daß die Rechtsparoemie: Nemo potest plus juris in alterum transferre, quam ipse habet, derſelben zum Grunde gelegt iſt, welche doch bei Verhältniſſen der vorliegenden Art ganz und gar keinen Einfluß haben kann. Geſetzt den Fall: es habe jemand ſein Grundſtück bereits mit Privathypotheken belaſtet, ſo würde er, wenn man jene Rechtsparoemie unbedingt zur Anwendung bringen wollte, ſpäter nicht befugt ſeyn, öffentliche Hypotheken auf daſſelbe zu beſtellen, oder ſich in Verhältniſſe zu begeben, aus denen ſchon geſetzlich privilegirte Hypotheken entſpringen, die ſein geſammtes Vermögen umfaſſen, weil dadurch das früher ertheilte Privatpfandrecht unwirkſam gemacht werde; und dieſes zu behaupten, wird doch wohl Niemanden einfallen.

Vielmehr iſt jeder Eigenthümer berechtigt, ſein Eigenthum willkührlich mit Hypotheken zu belaſten, und zwar bald mit Hypotheken beſſerer, bald ſchlechterer Gattung, obgleich er mit jeder Verhypothecirung ſo viel an dem dinglichen Rechte an der Sache einbüßt, als die neue Pfandbeſtellung reicht; und es iſt ein feſtſtehender Grundſatz des römiſchen Rechts, daß jemand, ungeachtet er mit jeder Pfandbeſtellung ſein dingliches Recht als Eigenthümer der Sache verkleinert, dennoch ſo lange es ihm beliebt, Pfänder auf die Sache legen kann, und zwar nach Willkühr, ob Privathypotheken, ob öffentliche oder gar privilegiirte Hypotheken, wenn gleich die Sicherheit der erſtern durch die Beſtellung der letztern vermindert, ja gar aufgehoben werden ſollte. Was aber in dieſer Hinſicht dem erſten Eigenthümer zuſteht, das muß in aller Maaße auch dem zweiten, der die Sache von jenem titulo singulari erwirbt, zuſtehen. Zwar geht das Eigenthum der mit Hypotheken belaſteten Sache, mit jenen Laſten auf den zweiten Eigenthümer über, aber man kann nicht ſagen, er werde nur wahrer Eigenthümer in Hinſicht des Quantums, welches nach Abzug der hypothecariſchen Forderungen übrig bleibt, und noch weniger, daß dieſerhalb die Dispoſitionsbefugniß des zweiten Eigenthümers in Betreff der

Hypothekenbeſtellung beſchränkt werde. Das erſte nicht, weil man denn auch annehmen müßte, der erſte Eigenthümer ſey nur, nach Abzug der von ihm auf die Sache gelegten Hypotheken Eigenthümer geblieben, und man außerdem fragen müßte, wer denn in Hinſicht des übrigen Theils Eigenthümer ſey, da die Pfandgläubiger durch das ihnen verliehene dingliche Recht, keine Eigenthumsrechte erwerben; das zweite nicht, weil der zweite Eigenthümer ganz und gar in die Stelle des erſten tritt, und weil der bloße Uebergang einer Sache aus einer in die andere Hand, die daran klebenden Rechtsverhältniſſe nicht verändern kann. Vielmehr erhält derſelbe als wahrer Eigenthümer daſſelbe Recht, was der erſte hatte. Durch die Uebertragung der Sache auf ihn ging auch dieſe Befugniß zur unbeſchränkten Hypothekenbeſtellung auf ihn über, denn kein Geſetz verordnet, daß der Successor singularis in ſeinen Dispoſitionen durch die bereits zur Zeit der Erwerbung vorhandenen Pfandrechte mehr beſchränkt ſeyn ſollte, als es ſein auctor geweſen ſey. In der Natur der Sache liegt eben ſo wenig ein haltbarer Grund, um eine ſolche Dispoſitionsbeſchränkung zu vertheidigen, denn, wenn man dem zweiten Eigenthümer es verſagen wollte, auf die etwa mit Privathypotheken belaſtete, und ſolchergeſtalt auf ihn transferirte Sache, etwa öffentliche Hypotheken zu beſtellen, weil dadurch jene frühern Privathypotheken an Sicherheit verlöhren, ſo müßte man conſequenter Weiſe auch annehmen, daß dem erſten Eigenthümer, welcher frühere Privathypotheken auf die Sache gelegt habe, die Befugniß abzuſprechen ſey, nochmals eine öffentliche Hypothek an derſelben zu beſtellen, weil ja durch eine ſolche Beſtellung dieſelbe Beſorgniß für die frühern Privathypotheken eintritt.

Läßt ſich daher aus dem aufgeſtellten Grundſatze, daß Niemand mehr Rechte auf den andern übertragen könne, als er ſelbſt hat, durchaus keine Befugniß der hypothekariſchen Gläubiger des erſten Eigenthümers, auf Separation von den hypothekariſchen Gläubigern des zweiten, zum Zweck ihrer

abgeſonderten Befriedigung aus der ihnen verpfändeten Sache zu bringen, hernehmen, ſo iſt ein ſolcher Grund noch weniger, aus dem Principe zu folgern, daß der Gemeinſchuldner zwar befugt ſey, ſeinen Gläubigern, ſein eigenes, nicht aber fremdes Gut abzutreten, und daß dieſe ſeine Gläubiger gleichfalls nicht berechtigt ſeyen, ihre Befriedigung aus eines dritten Vermögen zu verlangen; denn auch dieſe beiden, an und für ſich wahren Sätze finden hier gleichfalls gar keine Anwendung.

Schon oben iſt es angedeutet worden, daß die Behauptung, der neue Eigenthümer erwerbe nur das Eigenthum nach Abzug der auf der Sache haftenden Pfandrechte, und könne ſolches nur bis ſo weit wieder verpfänden, ganz unhaltbar iſt, weil ja auch der alte nur das Eigenthum nach Abzug der darauf beſtellten Hypotheken, nach dieſer Anſicht behalten würde, und es ihm dennoch, wie noch Niemand geleugnet hat, unbenommen bleibt, abermals Hypotheken an der Sache zu beſtellen, und ſogar beſſerer Qualität. Aber was noch auffallender iſt, ſo wird durch die gewagte Anwendung jener beiden Sätze, der Begriff des Eigenthums, und der eines hypothecariſchen Rechts am Eigenthum gänzlich mit einander verwechſelt. Durch die Erwerbung einer Hypothek an einem fremden Eigenthume, zur Sicherheit einer Forderung erhalten die Gläubiger nie das Eigenthum an der Sache ſelbſt, ſondern nur das Recht, ſich wegen ihrer Forderung aus dem ihnen verpfändeten Eigenthume, Befriedigung zu verſchaffen. Dagegen bleibt bis dahin der Eigenthümer wirklicher Eigenthümer der von ihm verpfändeten Sache, und man kann daher niemals ſagen, daß er fremdes Gut ſeinen Gläubigern abtrete, wenn er die mit Hypotheken überkommene, und von ihm noch weiter belaſtete Sache, allen denjenigen, die ihre Befriedigung aus derſelben verlangen, abtritt, noch, daß ſeine Gläubiger, wenn ſie ſich an die zwar früher andern, nachmals aber auch ihnen

verpfändete Sache halten wollen, ihre Befriedigung aus eines dritten Vermögen, verlangen würden.

Läßt ſich dieſem Allen nach, ein ſolches Separationsrecht, nach welchem diejenigen Pfandgläubiger, welche ein Pfand verfolgen, das ſie ſchon hatten, ehe die Sache an den Gemeinſchuldner kam, ein Abſonderungsrecht von den Pfandgläubigern des Gemeinſchuldners, und eine vorzügliche Befriedigung aus dem Pfande ſollen verlangen können, nach römiſchem oder dem gemeinen Rechte, nicht annehmen, ſo ergiebt es ſich von ſelbſt, daß erſtere nur dann den Vorrang vor den letztern fordern können, wenn ſie ein älteres oder ſonſt bevorzugteres Pfandrecht, z. B. öffentliche ältere Hypotheken, — als die letztern haben, und ſie alſo, wenn dieſes nicht der Fall ſeyn ſollte, den bevorzugten oder mehr privilegiirten Pfandgläubigern des Gemeinſchuldners allerdings nachſtehen müſſen.

XX.

Läßt ſich die Einrede der Beſchleichung gegen ein unbedingtes Mandat, in der Form einer Berufung an den Oberrichter vorbringen?

Von demſelben Verfaſſer.

Der unbedingte Mandatsproceß hat bekanntlich das Eigene, daß alle gegen die Statthaftigkeit des abgegebenen Mandats gerichtete Einwendungen, inſofern ſie nur das Weſen der gewählten Proceßart betreffen, in die Form der Einrede der Beſchleichung (exceptio sub- et obreptionis) ein-